

A INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL NO DIREITO DO TRABALHO

Roberto Dala Barba Filho

Os pedidos envolvendo a indenização por dano extrapatrimonial decorrente de relações de trabalho estão entre os temas mais recorrentes na rotina forense trabalhista. Seja em razão, para alguns, do estímulo a uma “indústria” indenizatória, seja, para outros, em razão do desenvolvimento de uma maior conscientização e sensibilidade quanto ao tema, a verdade é que se trata de pretensão recorrente em significativa quantidade de processos perante a Justiça do Trabalho. Não admira, assim, que a introdução, pela lei 13467/17 de todo um título destinado ao tema no direito do trabalho tenha sido alvo de bastante atenção e controvérsia.

Existem diversos pontos da reforma trabalhista neste particular que ensejaram debates importantes, mas certamente um dos mais polêmicos é a tarifação da indenização por dano extrapatrimonial, disciplinada nos parágrafos que acompanham o art. 223-G, inseridos na CLT.

É curioso notar que uma das principais críticas

dirigidas à reforma trabalhista é precisamente a sua propensão “desregulamentadora”. Ironicamente, em face da presente reforma, a ausência de qualquer limitação ou predefinição objetiva de valores anteriormente era objeto de elogios da doutrina. José Affonso Dallegrave Neto destacava que “a legislação positiva é omissa na tarifação dos danos morais e assim o faz de forma acertada, vez que, pela própria natureza dos direitos imateriais de personalidade, não é possível aplicar valores nominais e imutáveis a todas as situações concretas, indiscriminadamente.”[1].

Lamentavelmente, ao procurar dar sua contribuição ao tormentoso tema, o legislador da Reforma adotou a sempre criticável (e já declarada inconstitucional em situações similares) opção pela tarifação da indenização, introduzindo com o art. 223-G os §§ 1º, 2º e 3º:

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um



Roberto Dala Barba Filho

Juiz do Trabalho no TRT da 9ª Região. Mestre em Direito pela PUC-PR. Bacharel em Direito pela UFPR

dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

Existem diversas deficiências nos parágrafos em exame.

A primeira delas consiste na suposição de que a indenização deve ser arbitrada segundo o pedido, e não conforme a causa de pedir. Não coincidem, nem há litispendência entre demandas, quando embora o pedido seja o mesmo (e.g. indenização por danos morais), a causa de pedir seja distinta (i.e. um pedido de danos morais em razão de humilhações e um pedido de danos morais decorrente de violência física). Se um trabalhador, em determinada situação, foi ofendido verbalmente ou humilhado por ato do seu empregador, tal circunstância pode justificar o ajuizamento de uma demanda em razão desse fato, com pedido indenizatório. Se, alguns meses depois, ele for agredido fisicamente, tal circunstância também pode ensejar um pedido indenizatório

por esse fundamento, e evidentemente se estará tratando de situações distintas. Se o mesmo pedido pode possuir diferentes causas de pedir, e se cada causa de pedir justificaria, por si só, pretensões autônomas em diferentes ações, evidentemente quando há um pedido de indenização por danos morais fundamentado em diferentes causas de pedir, cada uma delas bastaria para justificar uma indenização específica, sem que isso implique acumulação de indenizações, já que decorrerão de violações distintas. A vedação de acumulação, nesse caso, só pode ser interpretada como se referindo ao mesmo fato e a mesma causa de pedir, portanto.

A segunda deficiência é a tarifação segundo a gravidade de ofensa. É a típica solução que, na prática, cria mais dificuldades do que resolve. Não existe como definir em caráter objetivo o que seria uma ofensa moral de natureza “leve” e uma ofensa de natureza “média”, e, rigorosamente falando, tampouco a norma procura as fixar, sabendo que isso seria inócuo. Se o artigo 223-G já havia definido quais elementos deveriam ser sopeados pelo magistrado, cada um com sua respectiva influência na formação do convencimento do magistrado a respeito dos agravantes, atenuantes e gravidade do caso, parece indene de dúvidas que a fixação do valor (e, por conseguinte, da gravidade da lesão), deveria ser deixada ao razoável arbítrio judicial, não auxiliando em nada a tarifação segundo a suposta natureza da lesão exceto para estabelecer um limite total que o magistrado deve observar, e criar uma discussão deveras inócua e vazia de conteúdo a respeito do fato da ofensa ser leve ou média, por exemplo.

A legislação pressupõe, erroneamente, que o raciocínio jurídico do magistrado o leva a um enquadramento mental, geral e abstrato

de uma determinada lesão num quadro predeterminado de gravidade da ofensa, para, com base nesse enquadramento, chegar a um determinado horizonte de valores, quando na verdade com base na aferição de elementos – tais como aqueles consignados nos incisos do *caput* – o magistrado já valora o dano a ser reparado e lhe atribui uma importância pecuniária, se for o caso. Na prática, portanto, o que ocorrerá é que o valor fixado pelo magistrado é que acabará definindo o enquadramento da lesão de acordo com seu suposto grau de ofensa, e não o contrário. Na prática, assim, o único limitador efetivo que a lei impõe é o valor máximo a ser indenizado, de 50 vezes o último salário contratual do ofendido, que pode ser dobrado em caso de reincidência entre as mesmas partes.

E incidentalmente pode-se já entrar em outras duas opções legislativas, no mínimo, controversas.

A primeira delas consistente na fixação de um limite de valor com base no salário do ofendido, como se a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física de um ser humano - para ficar apenas nos bens expressamente tutelados pela norma – variasse de acordo com o seu contracheque. Tais bens da vida, assim como todos os direitos fundamentais, possuem pretensão de universalidade, e, como tais, devem ser tutelados para todos os seres humanos pelo simples fato de serem seres humanos, sendo irrelevante, para fins de valoração da indenização por dano extrapatrimonial, a situação sócio-econômica do ofendido. Aliás, a própria natureza dos direitos extrapatrimoniais reside precisamente na sua absoluta indiferença ao patrimônio do

seu titular.

A segunda opção criticável, neste aspecto, é a de se exigir, como condição para elevação da indenização, a reincidência do dano entre as mesmas partes. O caráter educacional e preventivo da reparação por danos morais visa sempre ao futuro. Visa servir de fator de estímulo à correção da conduta e inibitório de sua prática. Ao limitar o acréscimo de valor indenizatório apenas à reincidência entre as mesmas partes a norma solapa o caráter preventivo e pedagógico da sanção, deixando de visualizar o fato de que a reiteração da conduta que já foi considerada ilegal em um determinado caso é por si só antijurídica e ofende a direitos fundamentais, e por isso mesmo deve ser tolhida e não tolerada toda a vez que o ato ilícito atinge mais vítimas em razão da manifesta insuficiência de eventual valor indenizatório fixado em demandas anteriores como elemento de dissuasão da conduta.

Não se ignora que esse caráter “pedagógico” da sanção ainda é controvertido. João de Lima Teixeira Filho, por exemplo, entende que “precisamente porque sua função é satisfatória, descabe estipular a indenização como forma de “punição exemplar”, supostamente inibidora de reincidência ou modo de eficaz advertência a terceiros para que não incidam em práticas similares”[2].

A seu turno Vólia Bomfim Cassar entende que a natureza da indenização decorrente do dano moral é de punição educativa ao agressor, de forma a inibir a repetição do mesmo ato no futuro[3].

Pessoalmente, entendo que o caráter educacional e preventivo da sanção moral é indissociável de sua finalidade, o que está em consonância inclusive com o fato

de que a existência da sanção comprova o reconhecimento do dano e do ato ilícito que o gerou, e não se obtém, neste aspecto, qualquer pacificação social ou efetiva melhora das condições das relações laborais se a sanção ficar sempre adstrita ao caso concreto, sem a compreensão óbvia de que, em vários casos, não se trata de um caso isolado, tampouco o processo é uma ilha, devendo ser observada a reincidência e reiteração da conduta lesiva como componente da fixação da indenização, independentemente do fato de não se tratar das mesmas partes.

Como assinala Caio Mário da Silva: na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material”[4].

Devem-se se unir na indenização, portanto, não apenas o caráter puramente compensatório da vítima como também, quando constatada a reincidência e reiteração do comportamento ofensivo em face de outras vítimas, a manifesta necessidade do caráter punitivo e pedagógico.

Chama a atenção clamorosa o fato de que o legislador, uma vez mais, opte por uma tentativa de tarifação que já fora inserida anteriormente, por exemplo, na lei 5250/67 (lei de imprensa), a respeito da qual já havia a Súmula 281, do STJ, expressamente assinalando que “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa” e houve pronunciamento expresso do STF, através da ADPF 130/2009, no sentido desta

lei não ter sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, e não por critérios puramente formais, mas inclusive materiais, entre eles, a questão relativa à tarifação por danos morais, que era prevista nos artigos 51 e 52 da lei em exame

Conforme já criticava João de Lima Teixeira Filho a respeito da tentativa legislativa de tarifação de valores, perfeitamente aplicável à norma em comento:

Essa predeterminação do ressarcimento, ou tarifação, trata de igual modo lesões essencialmente desiguais. O juiz fica adstrito a valores indenizatórios não raro inadequados ou desproporcionais à lesão perpetrada. A intensidade do dano moral grave necessariamente não encontra correspondência no limite máximo tarifado. E, quanto mais estreita esta faixa de reparabilidade, mais avulta a desconformidade da transgressão praticada com a compensação pecuniária capaz de satisfazê-la. Por isso, o método se nos afigura incapaz de permitir que a dor sofrida seja reparada na devida medida, por uma condigna compensação[5].

Mesmo antes da ADPF 130/2009 o STF já possuía diversos precedentes indicando que a tarifação da reparação por danos morais prevista na Lei de Imprensa não fora recepcionada pela Constituição Federal. É exemplificativo nesse sentido a seguinte ementa da lavra do Ministro Carlos Velloso:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS

ALÍNEAS a e b. I. - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não-conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido.

Pelo entendimento do STF, qualquer tentativa de tarifação ou restrição à reparação por danos morais, prevista em lei ordinária, padeceria de inconstitucionalidade, por ofender o disposto no art. 5º, V e X, sendo bastante

contundente a observação contida na ementa no sentido de que “estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição”.

Significativas também as palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, ao acompanhar o voto do Ministro Celso de Mello, relator da ADPF 130/2009:

o princípio da proporcionalidade, tal como explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução.

[...]

Já, a indenização por dano moral - depois de uma certa perplexidade inicial por parte dos magistrados - vem sendo normalmente fixada pelos juízes e tribunais, sem quaisquer exageros, aliás, com muita parcimônia, tendo em vista os princípios da equidade e da razoabilidade, além de outros critérios como o da gravidade e a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; e a condição financeira do ofendido e do ofensor. Tais decisões, de resto, podem ser sempre submetidas ao crivo do sistema recursal. Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o art. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula

281 do Superior Tribunal de Justiça.”

A iniciativa da Reforma, quanto a este tema, não ataca rigorosamente nenhum dos elementos que levaram o STF a declarar que a Lei de Imprensa não fora recepcionada pela Constituição Federal, e nenhum dos fundamentos específicos que já haviam sido aventados naquela oportunidade a respeito da inviabilidade da legislação ordinária estabelecer qualquer tarifação relativamente à indenização por danos morais. Nesse cenário, a não ser que o STF de forma surpreendente venha a afrontar a *ratio decidendi* de diversos de seus precedentes a respeito dessa temática, a tendência natural é que se declare a inconstitucionalidade dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 223-G introduzidos à CLT pela lei 13467/17.

Isso não significa, é claro, que a questão da valoração da indenização por dano extrapatrimonial seja uma questão superada. Nem elimina a importância de que se construa, jurisprudencialmente, alguns critérios de “tarifação” judicial que sirvam de referência não apenas para julgamentos de casos similares, como também de orientação para as partes que atuam em juízo a respeito do tema. Nesse aspecto, contudo, visa-se a conjugação do respeito ao direito à reparação e o princípio da segurança jurídica e conformidade de expectativas que são inerentes à própria atuação do Poder Judiciário na pacificação social.

É nesse sentido que Sebastião Geraldo de Oliveira destaca como norte da dosimetria da indenização os seguintes elementos: 1) atender às finalidades básicas de compensação da dor e pedagógica de combate à impunidade; 2) centrar na pessoa da vítima a indenização compensatória e na pessoa causadora do dano a

finalidade punitiva; 3) avaliar o grau de culpa do agente e a gravidade dos efeitos sobre a vítima; 4) atenuar ou agravar o valor da indenização conforme condição pessoal da vítima; 5) evitar que o valor sirva de enriquecimento ilícito da vítima ou ruína ao agente do ilícito; 6) fugir de extremos irrisórios ou montantes exagerados; 7) observa a situação econômica das partes para que se atenda à repercussão pedagógica e 8) atender à finalidade educacional da pena mesmo que a vítima tenha absorvido bem o dano[6].

Já Mauro Schiavi sugere os seguintes critérios: 1) reconhecer que o dano moral não pode ser valorado economicamente; 2) valorar o dano segundo critérios de tempo e lugar da ocorrência; 3) analisar o perfil da vítima e do ofensor; 4) analisar se conduta foi dolosa ou culposa e sua intensidade; 4) considerar danos atuais e prejuízos futuros; 5) guiar-se pela razoabilidade, equidade e justiça; 6) proteger a dignidade da pessoa humana; 7) considerar tempo de serviço e remuneração; 8) atender à função social do contrato, da propriedade e da empresa; 9) inibir que o ilícito se repita; 10) chegar ao acertamento da dimensão do dano de forma mais próxima possível; 11) considerar situação econômica do país e o custo de vida da região[7].

A importância da utilização, portanto, de critérios e referenciais teóricos para fins de balizamento e definição da valoração do dano moral, com vistas à construção de parâmetros judiciais mais estáveis, seguros e razoavelmente previsíveis, está posta. A construção judicial através de elementos como os acima expostos, contudo, não se confunde de forma alguma com a tarifação ou limitação tarifada legalmente, e atendem de forma muito mais adequada aos

juízos de equidade e reparação integral que formam a essência da reparação dos danos extrapatrimoniais.

[1] DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade civil no direito do trabalho. 5a ed. São Paulo: LTr, 2014. P. 185

[2] SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; et ali. Instituições de direito do trabalho. Vol. 1. 21ª ed. São Paulo: LTr, 2003 . p. 632

[3] CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 12a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 922

[4] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. P. 317

[5] SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; et ali. Instituições de direito do trabalho. Vol. 1. 21ª ed. São Paulo: LTr, 2003. P. 630

[6] OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 5a. ed. São Paulo: LTr, 2009. P; 227-228

[7] SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2014. P. 392